

# 「憲法上の地方公共団体」についてのノート

山羽 祥貴

1. 本稿の主題
2. 昭和 38 年判決における問題
3. 動態性の規律
4. 結び

## 1. 本稿の主題

東京特別区（いわゆる東京二十三区）は地方自治法上の特別地方公共団体とされており、その長は市町村や都道府県といった普通地方公共団体と同様に住民の直接選挙によって選出される<sup>1)</sup>。しかし戦後のある時期(1952 年から 1974 年)においてはそうではなく、東京特別区の区長は、都知事の同意のもと区議会によって選任されるものとされていた<sup>2)</sup>。こうした制度的状況のもと、渋谷区の区長に立候補しようとする者が自らを支持することを依頼して同区区議会の議員に対し金銭を供与し、依頼された議員もこれを受けとったことについて贈収賄罪が成立するかが問題とされたのが、昭和 38 年(1963 年)3 月 27 日の最高裁大法廷判決<sup>3)</sup>である。同判決はいわゆる「憲法上の地方公共団体」の意義を述べたものとして、この分野(憲法・地方自治法)における主要な最高裁判例として位置づけられている<sup>4)</sup>(以下、昭和 38 年判決とする)。

---

1) 地方自治法 283 条 1 項、11 条。

2) 地方自治法 281 条の 2 第 1 項 [1952 年改正]。

3) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日刑集 17 巻 2 号 121 頁。

4) 磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第 4 版]』4 頁 [飯島淳子解説] (有斐閣、

「憲法上の地方公共団体」とは、法律上の地方公共団体と対立する概念として提示されているものである。地方自治法は、すでに述べた都道府県・市町村からなる普通地方公共団体と、特別区のほか財産区、地方公共団体の組合からなる特別地方公共団体を設置しており、これらを地方自治法上の地方公共団体とするならば、それらが直ちに憲法の地方自治に関する規定（92条から95条）の規律対象と一致するものと予断するべきではないという問題意識が共有されており<sup>5)</sup>、後者が「憲法上の地方公共団体」と呼ばれている。

こうした問題意識そのものは言うまでもなく正当である。憲法の地方自治に関する規律がどのような団体に対して及ぼされるべきなのかは、第一義的にはそれら憲法の条文の解釈によって導かれるべき事柄であり、形式上の効力においてその下位に位置するべき法律の規定において「地方公共団体」と名指されていること—あるいは地方自治の制度の基本的部分を定める法律（地方自治法）の規律の主たる対象であること—をもって、直ちに憲法上の保障が及ぶ範囲が定まるとするならば、憲法が地方自治に関して独立の章を設けてその制度のあるべき姿について独自の規範的内容を定めているという事実は無化される。

昭和38年判決は、このような意味での「憲法上の地方公共団体」を、どのような要素に着目して同定するべきかについて、少なくとも表面上は明確な回答を示した先例として記憶されている。①「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在し」、②「沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体」にのみ憲法93条2項の規律が及ぶとした同判決の判示は、ここに示された二つの要素をもってはじめて「憲法上の地方公共団体」になるという定義を示したものだということになる<sup>6)</sup>。このうち一方は地方公共団体の基礎となるべき社会

---

2013年)、長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ [第7版]』432頁 [中見里博解説] (有斐閣、2019年)。

5) 塩野宏『行政法Ⅲ [第4版]』151頁 (有斐閣、2012年)。

6) 最大判昭和38年3月27日前掲注3) 122頁。

的実体、他方は地方公共団体の権能についての法律上の規定を問題とするものであるから、以下本稿では、二つの要素のうち①をく共同体としての社会的基盤>、②をく実定法上の基本的権能>と呼ぶことにしよう。

こうした最高裁の定義は、以下のような批判とともに紹介される。まずく共同体としての社会的基盤>については、市の中でもベッドタウン化して共同体意識の欠けるものや、八郎潟を埋め立ててできた大潟村のような新設の村には憲法上の規律が及ばなくなってしまう<sup>7)</sup>という異論が提起されるほか<sup>8)</sup>、「平成の大合併」のような再編成も（新たな自治体の単位に共同体的基礎が欠けるとすれば）違憲となりうるのではないかという指摘がされている<sup>9)</sup>。他方でく実定法上の基本的権能>については、これを「憲法上の地方公共団体」の要件とするならば、立法府が法律の改正によりその権能を縮減すれば憲法上の規律が及ばないということになるから、憲法上の規律の対象が結局下位法によって定まることになり、違憲立法審査権を行使したことにはならないと指摘される<sup>10)</sup>。

学説によるこうした批判の論理は極めて明確である。しかし概説書においてこれら昭和 38 年判決に対する異論の概略に接した学習者の少なくとも一部は、次のような当惑へと誘われるはずである。これらの批判を前提とするならば、「憲法上の地方公共団体」はどのように定義されるべきことになるのか。学説の批判は（仮にそれらを全体としてひとまず受け取るならば）二つの要素の双方に向けられているから、その議論をそのまま受け入れるならば、「憲法上の地方公共団体」を同定するための要素として有効に機能しうるものは存在しないことになる。この場合、法律の規定とは独立に憲法上の規律の対象となる「憲法上の地方公共団体」は、定義可能な概念としては存在していないことに

7) 宇賀克也『地方自治法概説 [第 8 版]』34 頁（有斐閣、2019 年）。

8) さらに、「共同体意識」のような事柄は測定不可能であり基準として機能しがたいという指摘もされている。廣澤民生『『地方公共団体』の意義』大石眞＝石川健治編『憲法の争点』310 頁（有斐閣、2008 年）

9) 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 [第 2 版]』263 頁（日本評論社、2014 年）。

10) 塩野・前掲注 5) 151 頁注 2、宇賀・前掲注 7) 34 頁。

なる。

一般的な概説書では、その後ただちに二層性（二重構造）の論点へと焦点が移され、市町村・都道府県という大小二種類の地方公共団体が、93条2項のような憲法上の規定を満たしたうえで全国に遍く設置され続けるという構造が憲法上要請されているかということが議論の主題となる<sup>11)</sup>。特別区の公選制廃止の合憲性も、確かにこうした問題機制のコロラリーとして扱いうるものであり、実際昭和38年判決の第一審は、憲法がそうした二重構造を保障しており、そう考える以上は特別区を市と同格のものとして憲法上の規律を及ぼさなければならぬ（つまり、特別区が「憲法上の地方公共団体」にあたる）ものとしていた<sup>12)</sup>。心の中で上述のような疑問を發した鋭い学習者も、道州制の是非とといったより現代的な論点がさらにこの二重構造論の問題系において提示される中で<sup>13)</sup>、最高裁の枠組みに対してどのような応答がありえたかという問題意識を自然と忘却することになるだろう。しかし、それでよいのだろうか？ 以下本稿では、改めてこの仮想の学習者の視点に立ちながら、昭和38年判決が向き合っていた問題の構造を地方自治に関する基礎的な諸概念と関連づけながら再構成し（2）、同判決の提示した「憲法上の地方公共団体」の枠組みが地方自治制度の構築に関するどのような憲法上の規律を示すものと理解できるかについてやや立ち入った検討を行なったうえで（3）、こうした先例の理解が地方自治に関する憲法論の議論状況を整理するうえでいかなる意義をもつかについて若干の示唆を行う（4）。

---

11) 宇賀・前掲注7) 35-36頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第5版〕』369-370頁〔中村睦男執筆〕（有斐閣、2012年）など。

12) 東京地判昭和37年2月26日判時291号8頁。

13) 宇賀・前掲注7) 36-39頁。さらに近年の都構想や特別自治市構想にも関わりとされる。飯島・前掲注4) 5頁。

## 2. 昭和 38 年判決における問題

昭和 38 年判決の事案は冒頭に述べたとおりであるが、そこでなぜ「憲法上の地方公共団体」の定義が問題となったのかも確認しておこう。贈収賄罪が成立するためには、その前提として適法有効な職務権限が存在することが必要である<sup>14)</sup>。憲法 93 条 2 項は地方公共団体の長や議員などについて住民の直接選挙によるべきことを定めているから<sup>15)</sup>、もし特別区が「憲法上の地方公共団体」でありこの規定の要請が当てはまるのだとすると、特別区の長の住民による選挙を認めていなかった当時の地方自治法の規定は違憲であるから、本件で区議会議員が長の選任に関して行なった贈収賄は適法有効な職務権限を前提としないことになり罪とならない。そのため、特別区が「憲法上の地方公共団体」にあたり憲法 93 条 2 項の規律が及ぶかどうか、被告人の有罪・無罪を決定するにあたって必要な先決問題となっていた。

先に触れたように、第一審は特別区に同規定の規律が及ぶという判断に至ったため、結論としても無罪判決を下している<sup>16)</sup>。その理由として東京地裁があげるの、すでに述べた二重構造論のほか、日本国憲法制定時において特別区の区長は公選されていたのだから、そうした前提のもとで制定された憲法 93 条 2 項はその既成事実を認め、同規定の射程には特別区も含まれていたと考えられるということである<sup>17)</sup>。こうした地裁の判断には憲法解釈の誤りがあるとして検察官が跳躍上告したために、最高裁における論点は、特別区が「憲法上

---

14) ただしこの点は調査官解説がいうように当時議論のありうるところであり、本判決がこれを正面から認めたわけではない。渡部吉隆「地方自治法第 281 条の 2 第 1 項と憲法第 93 条 2 項」最判刑刑事編昭和 38 年度 11 頁、13 頁 [以下、「調査官解説」とする]。

15) 「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。」(憲法 93 条 2 項)

16) 東京地判昭和 37 年 2 月 26 日前掲注 12)。

17) 東京地判昭和 37 年 2 月 26 日前掲注 12) 11 頁。

の地方公共団体」にあたり憲法 93 条 2 項の規律が及ぶかという点に絞られることになった。その際に示されたのが上述した二要素であるが、念のために再度引用しておこう。「右〔憲法 93 条 2 項〕の地方公共団体といい得るためには、単に法律で地方公共団体として取り扱われているということだけではならず、①事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもつているという社会的基盤が存在し、②沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とするものというべきである。」<sup>18)</sup> (番号は筆者による。)

以上の説明からしてまず留意しておくべきことは、本件で直接に問題となっていたのは地方公共団体の長などの公選を要請する憲法 93 条 2 項の規律対象の範囲であり、①<共同体としての社会的基盤>と②<実定法上の基本的権能>という「憲法上の地方公共団体」の二要素も、長の直接選挙を通じて住民による民主的統制を及ぼすという住民自治に基づく要請が、どのような性質を備えた地域団体に及ぼされるべきかという問題に答える文脈で示されたということである。地方自治に関する憲法上の規律には、同じく住民自治の要請に基づき議会の設置を求める同条 1 項<sup>19)</sup>、地方公共団体に概括的な行政権及び国の法律の範囲内での条例制定権が認められるべきことを定める 94 条<sup>20)</sup>、特定の地方公共団体にのみ適用される法律について住民投票を要するとする 95 条<sup>21)</sup>、さらに総則的規定として、地方自治に関する法律上の制度設計が「地方自治の本旨」（すでに挙げた住民自治のほか、地方公共団体が国との関係で独立した団

---

18) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 122 頁。

19) 「地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。」(憲法 93 条 1 項)

20) 「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」(憲法 94 条)

21) 「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。」(憲法 95 条)

体としての自律性が認められなければならないという意味での団体自治をその内容とする<sup>22)</sup>)にしたがわなければならないとする総則的規定としての 92 条<sup>23)</sup>があるが、昭和 38 年判決で示された「憲法上の地方公共団体」がこれらの他の条項との関係でどのような意義をもつかということは、ひとまず開かれた問題であると言わなければならない<sup>24)</sup>。

ただしこのことは、今述べたような地方自治に関する憲法上の規律の全体連関から、本判決の向き合った問題が切断されることを意味するわけでもない。問題状況をその理論的背景へと遡りながら探るために、調査官解説を参照してみたい。調査官解説は、本判決の基本的立場の説明として、地方自治の法的性格についての伝統的な対立を説き起こすことから始めている。すなわち固有権説と伝來說の対立であり、一般には「地方自治（ないし団体自治）の根拠」<sup>25)</sup>として掲げられることの多い論点である。調査官解説の説明としては、固有権説によるならば「地方公共団体を人間と同じように考え、地方公共団体は、国法の規定をまつまでもなく本来的に存在し、自然権としての地方権(Pouvoir[sic] municipal)を有するものであり、これに対する国家の統制は一切許されない」

---

22) 法学協会編『注解日本國憲法』1357 頁（有斐閣、1954 年）、宇賀・前掲注 7) 2-3 頁。

23) 「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」(憲法 92 条)

24) なお前の段落で引用した最高裁の判示部分の直前では、「憲法は、九三条二項において「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙する。」と規定している。何がここにいう地方公共団体であるかについては、何ら明示するところはないが、憲法が特に一章を設けて地方自治を保障するにいたつた所以のものは、新憲法の基調とする政治民主化の一環として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となつて処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである。」とされており（刑集 122 頁）、これは飯島・前掲注 4) 5 頁が指摘するように、憲法 93 条 2 項に限らず憲法における地方自治の保障一般を住民自治によって基礎づけようとするものとして注目されうる。これについては注 40) も参照。

25) 宇賀・前掲注 7) 4-6 頁、塩野・前掲注 5) 127-132 頁。



とされるのに対し、伝來說によると「法以前に存在するものは社会的事実としての地縁協同体に過ぎないものであって、国家の統治組織の一部を形成している地方公共団体は、法の創造物であり、その自治権は国家に淵源するものであり、従って、地方自治が具体的にどのような形と内容をもつかは、一に国家の立法政策によって決定される」ことになる<sup>26)</sup>。

調査官解説は、こうした対立を背景に置きながら、憲法 93 条 2 項の地方公共団体にあたるためには<共同体としての社会的基盤>と<実定法上の基本的権能>の二要素が必要であるとした最高裁判決は、これら固有権説と伝來說の「いずれも極端に失するもの」であり、むしろ「地方公共団体とは、自然発生的に存在する地縁団体を国家が承認してこれに自治権を附与することによって成立するものであり、地縁団体としての社会的基盤と地方自治の基本的権能を有するものでなければならない」という考え方に基づくものであると述べている<sup>27)</sup>。

こうした調査官解説においては、最高裁の示した二要素が、固有権説と伝來說のそれぞれにおいて地方自治の係留点となるべきもの（「地方自治の根拠」）に対応するものとして捉えられている。つまり固有権説によるならば、「国法の規定」以前の地縁団体がそれ自体として地方公共団体の主体性を基礎づけるのであり、そうした主体は自然人と同じく生来的な自然権を国家に対して主張することになるのだから、その成立のためには<共同体としての社会的基盤>のみが認められれば足りる。これに対して伝來說によるならば、地方公共団体はひとえに「法の創造物」にすぎないのであり、その存立は国家がこれを「承認」して<実定法上の基本的権能>を附与するかどうかのみに委ねられる。いずれの見解をも退けるものとして理解された最高裁の判示は、調査官解説によるならば、二つの要素を連結することにより、固有権説と伝來說の中間の道を行っただけということになる。

---

26) 「調査官解説」前掲注 14) 17 頁。

27) 「調査官解説」前掲注 14) 17 頁。



考えてみれば、最高裁が示した二要素のそれぞれへのすでに紹介した批判は、伝來說及び固有権說に対して指摘しうる難点と関連づけながら理解することが可能である。〈実定法上の基本的権能〉の要素に関して、立法府が法律を改正してその権能を縮減すれば憲法上の規律が及ばないということになるから、憲法上の規律の対象が結局下位法によって定まることになるという批判は、地方公共団体の存立をもっぱら国の立法政策の問題とする伝來說の問題性をそのまま指摘するものだといえるし、また、〈共同体としての社会的基盤〉の要素に関して、これを要求すると「平成の大合併」のようなものも違憲になってしまうという批判も、実定法の定めとは独立の事実上の社会的基盤を基準とするならば、(その基準に合致しない地方公共団体の区分の組み替えはただちに違憲となるということだから) 既存のものとして成立している地方公共団体にアプリアリオリな生存権を与える固有権說と結果として同一のものになりうるという側面を捉えているとも理解しうる。

しかしそのうえで、昭和 38 年判決が、どのような意味で固有権說と伝來說の中間の道を行ったのかということについて、もう少し考えてみる必要があると思われる。確かに素朴に見る限り、最高裁の枠組みは、固有権說的な要素である事実的な共同体と伝來說的な要素である実定法上の権能を憲法 93 条 2 項の「地方公共団体」というための二要件としてフラットに(同時的に)並列するものであり、個々の地域団体に同規定の規律が及ぶかを判定するにあたっては、これら二要件にあてはまるかどうかをそれぞれ別個に判定するべきということになりそうである。学說による批判も、そうした理解に基づいていると思われる。そうだとすると、固有権說と伝來說のそれぞれに対応する二要素の双方をそのまま取り込むことによって、両說の極端さを緩和するという方策をとり、その結果これら二要素のそれぞれについて率直な批判を浴びているのが本判決だということになる。このように理解された最高裁の解決策が、あまりにも安易であることは言うまでもない。もう少し合理的な解決策を提示したものとして、昭和 38 年判決を読む方法はないのだろうか。

さらに調査官解説は、先の引用部に続けてこう述べている。「そして、国家

がいかなる地縁団体を地方公共団体として承認し、またこれにいかなる内容の自治権を附与するかは、もともと地方自治が国家その他の広域団体の存在を予定する相対的観念であるから、基本的には立法政策の問題として、一応、国会の裁量に委ねたものとみるべきであるが、その裁量には『地方自治の本旨』に従うべき制約があり、時の政策により、みだりに右の社会的基盤を無視して承認を拒否したり、自治権を制限、剥奪することは許されない、という〔のが最高裁の〕考え方である。<sup>28)</sup> もちろんここで言われる「地方自治の本旨」とは、憲法 92 条に掲げられた言葉である。このことは、本件で直接に問題となっていたのが憲法 93 条 2 項の規律範囲であったことと、どのような関係にたつのか。

### 3. 動態性の規律

＜共同体としての社会的基盤＞と＜実定法上の基本的権能＞を備えることをもって憲法 93 条 2 項の「地方公共団体」といえるとした昭和 38 年判決は、この枠組みのもとで特別区の現状について検討した結果、特別区はこの基準を満たすものではなく、その長を住民による公選としていなかった地方自治法の規定は合憲であるという結論を下した。最高裁がどのような当てはめを行なったのかを確認しておこう。

最初に最高裁は、特別区が与えられてきた権限の内容が変化してきた経緯を説き起こす。戦前においては、明治 11 年（1878 年）の郡区町村編成法の施行以来の長い歴史の中において、区長は市長の任命にかかる市の有給吏員であり、課税権、起債権、自治立法権も認められず、さらに戦時下における自治権のさらなる圧縮のもとでは、特別区は昭和 18 年（1943 年）7 月施行の東京都制において「全く都の下部機構たるに過ぎなかった」<sup>29)</sup>。しかし戦後においては状況

---

28) 「調査官解説」前掲注 14) 17 頁。

29) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 123 頁。

が一変する。昭和 21 年 (1946 年) 9 月東京都制の一部改正によって、区条例や区規則の制定権、区税や分担金の賦課徴収権が認められるなど権限が大きく拡張され、それに伴い区長についての公選制が一旦導入された。さらに翌 22 年 (1947 年) 4 月に制定された地方自治法において「特別地方公共団体」と位置づけられたことに伴い、原則として市に関する規定が適用されることになった<sup>30)</sup>。これらの事実を指摘したうえで、最高裁は次のように述べる。「しかし、これら法律の建前が特別区の事務、事業の上にそのまま実現されたわけではなく、政治の実際面においては、区長の公選が実施された程度で、その他は都制下におけるとさしたる変化はなく、特別区は区域内の住民に対して直接行政を執行するとはいえ、その範囲および権限において、市の場合とは著しく趣を異にすることが少なくなかった。」<sup>31)</sup>具体的には、地方自治法の規定や施行令などにおいて、都が条例で特別区について必要な規定を設けたり、都知事が特別区に都吏員を配置することができるとされていたことや、都政時代に都が処理していた事務の多くが依然として都に留保されていたことが挙げられている<sup>32)</sup>。また、警察法や消防組織法など数多くの特別法の規定においても、東京都については「重要な公共事務が特別区の権限からはずされ或いは特別区全体を一つの対象として取り扱い、都に市の性格と府県の性格とを併有せしめる」という扱いがされていた<sup>33)</sup>。さらには財政上の権能についても、上記の通り自主財政権が与えられるようになったとはいうものの、特別区が課すことのできる区税は、都の条例の定めるところにより都の課することのできる税の全部または一部を区税として課すことが認められているに過ぎず、さらに税目を起こして独立税を課する場合においても、都の同意を必要とするとしていた地方税法の規定が指摘されている<sup>34)</sup>。

---

30) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 123 頁。

31) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 123 頁。

32) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 123-124 頁。

33) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 124 頁。

34) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 124 頁。

ここで最高裁が述べようとしていることは要するに、特別区について、地方自治法の規定において市と同等の扱いがされることになっているという「法律の建前」があることは確かだが（市が「憲法上の地方公共団体」であることは当然の前提となる）、そのうえで「政治の実際面」について諸々の法令から検討するならば、戦後においても、総じて都に対して従属的な行政上・財政上の権能しかもっていなかったということである。これは一般論において示された二要素との関係では、＜実定法上の基本的権能＞に対応する論述であることは、ひとまず確かだと言ってよさそうである。これに関する最高裁の元の定式は「沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とする」というものであるが、戦前以来の推移を述べるところがここにある「沿革」、また個々の法令をみるとその具体的な権能が都との関係で従属的なものでしかなかったという点が「現実の行政」（当てはめのところと言われた「政治の実際面」）に対応することになるのだろう。これらの要素は、地方自治法において市と同等の扱いがされることになっているという「法律の建前」を、通時的にも共時的にも相対化するものとして機能している。

このようにして、特別区には「憲法上の地方公共団体」にふさわしく実定法上の基本的権能＞は認められていないことが判明した。ここまでの流れからすれば、次に予想される判示は、もう一つの要素である＜共同体としての社会的基盤＞（最高裁の元の定式では「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在」すること）についての当てはめか、もしくは「二要件」のうちの一つを満たさないことがすでに判明した以上、残りの一つについては検討するまでもなく特別区は憲法 93 条 2 項の規律の対象とならないという結論を直ちに下すかのどちらかである。当てはめについてのこれまで見てきた判示の直後に最高裁が実際に（パラグラフを変えずに）述べたのは、次のようなことである。「かように、特別区は、昭和 21 年 9 月都制の一部改正によって自治権の拡充強化が図られたが、翌 22 年 4 月制定の地方自治法をはじめその他の法律によってその自治権に重大な制

約が加えられているのは、東京都の戦後における急速な経済の発展、文化の興隆と、住民の日常生活が、特別区の範囲を超えて他の地域に及ぶものも多く、都心と郊外の昼夜の人口差は次第に甚だしく、区の財源の偏在も益々著しくなり、二三区の存する地域全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政を実現せんとする要請に基づくものであって、所詮、特別区が、東京都という市の性格をも併有した独立地方公共団体の一部を形成していることに基因するものというべきである。』<sup>35)</sup>

このように述べたあと、最高裁は「しかし、特別区の実体が右のごときものである以上、特別区は、その長の公選制が法律によって認められていたといえ、憲法定当時ににおいてもまた昭和 27 年 8 月地方自治法改正当時においても、憲法 93 条 2 項の地方公共団体と認めることはできない」<sup>36)</sup>として、地方自治法における公選制の廃止が違憲ではないという結論を下しているのだから、「二要件」への当てはめは上記引用部で完結しているはずである。それではこの箇所は、＜共同体としての社会的基盤＞の要件を特別区が満たしているかどうかを検討したものと理解してよいのだろうか。

学説では、この箇所は＜共同体としての社会的基盤＞の要件についての当てはめを展開したものではないものとして理解されている<sup>37)</sup>。確かに上記引用部分は、昼夜間人口差に示される生活実態・財源の偏在化・特別区全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政への要請といった実定法の規律とは独立した特別区の社会経済的条件についての言明となっており、これは地方公共団体の基盤となる共同体の単位を、個々の特別区よりも「二三区の存する地域全体」に見出すべきという趣旨にとれなくもない。しかし文章の構造を見る限り、この論述は、それ以前の箇所で述べられてきたようなかたちで「自治権に重大な制約が加えられている」ことの理由を示すものとして挙げられているのであ

35) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 124-125 頁。

36) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 125 頁。

37) 成田頼明「特別区は憲法上の地方公共団体か」ジュリスト 273 号 18 頁、24 頁 (1963 年)。

るから<sup>38)</sup>、最高裁はここですでに検討された〈実定法上の基本的権能〉とは独立に、特別区における〈共同体としての社会的基盤〉の有無について認定しようとしているわけではない。最高裁の当てはめの後半部分は、前半部分で指摘された特別区の権限が限定されているという法制度の現実を前提としながら、そのような制度構築の政策的合理性を基礎づける立法事実を挙げて、その際に特別区の社会経済的状况についての指摘を行うものにすぎない。

このように理解するならば最高裁は、二要素のうちまずは〈実定法上の基本的権能〉についてのみ検討した結果、この要件を満たさないことが判明したため、もう一つの〈共同体としての社会的基盤〉については判断するまでもなく特別区は「憲法上の地方公共団体」にあたらないという結論を下したかのように見える。しかしそうだとすると、後半部分の判示はどのような意義をもつか。つまり、特別区の行政上・財政上の権限が限定されていることについて、その背景にある立法事実を持ち出してその合理性をなぜ論証する必要はどこから生じたのかという疑問が残ることを否定できない。このような論述には、仮に特別区の〈実定法上の基本的権能〉を否定することについて政策的な合理性が欠けているのであれば、そこにはやはり何らかの憲法上の問題があるという前提を読み取ることも可能であるようにも思われる。

仮にそうした前提があるのだとして、それは憲法のどの条項に関するものでありうるかを考えると、これは地域団体をどのような区域を単位として設立し、それに対してどのような具体的権能を配分するかという地方自治の基本的な制度設計に関わる問題であるから、地方公共団体の「組織及び運営に関する規律」を「地方自治の本旨」に基づいて行うよう求める総則規定としての憲法92条ということになるだろう（以下ではこうした制度設計の問題を「地方公共団体の構成」と呼ぶことにする）。すでに見たように、調査官解説は「国家がいかなる地縁団体を地方公共団体として承認し、またこれにいかなる内容の自治権を附与するかは……基本的には立法政策の問題として、一応、国会の裁

---

38) 斎藤誠『現代地方自治の法的基層』118頁（有斐閣、2012年）

量に委ねたものとみるべきであるが、その裁量には『地方自治の本旨』に従うべき制約があり、時の政策により、みだりに右の社会的基盤を無視して承認を拒否したり、自治権を制限、剥奪することは許されない」という考え方を昭和 38 年判決に見出しているが、これは言い換えれば、いかなる地域団体の単位にく実定法上の基本的権能>を認めるべきかという地方公共団体の構成の問題は、ひとまず立法裁量が認められるべき問題であるものの、その際にく共同体の社会的基盤>を全く無視した制度設計を行うならば憲法 92 条の「地方自治の本旨」に反し違憲となるということにほかならない。このような趣旨と理解できる調査官解説と連関させて読解するならば、最高裁の「当てはめ」の後半部分も、こうした脈絡のもとで、特別区の行政上・財政上の権限を実定法上限定するという政策の合理性について、憲法 92 条のもとでの審査を一応行ったものと理解することが自然である。

そうだとするならば、最高裁が示した規範は<実定法上の基本的権能>とく共同体としての社会的基盤>が憲法 93 条 2 項の「地方公共団体」と認められるための並列的な「二要件」であり、両者を満たしてはじめて長の公選制が要求されるというようなものとして理解するべきでない。むしろ、同規定のもとで首長の公選が要請されるかは、直接には当該地域団体に<実定法上の基本的権能>が与えられているかのみによって決まる。そのうえで、いかなる単位の地域団体に<実定法上の基本的権能>を与えるか・与えないかということについての立法府の判断には、憲法 92 条の「地方自治の本旨」にかなうものでなければならぬという拘束が及ぶことになり、その観点での統制の実質的な基準を与えるのは<共同体としての社会的基盤>である。ある地域団体に長の公選を認めないことの合憲性の判断は、実際にはこのような二段階を経ることになる。

こうした二段階の判断は、当然ながら立法過程においては逆の順序で展開されることになる。国会としては、まずは地方公共団体の構成において、統治団体の土台となるべき<共同体としての社会的基盤>がどのような区域において認められるかを注視しながら、憲法 92 条の「地方自治の本旨」にしたがった



編成を追求することになる。そのうえで、この水準での判断の結果、＜実定法上の基本的権能＞を備えるものとして設立された地方公共団体の権力行使については、議会の設置や長・議員などの公選によって民主的統制を加えるための制度を装備させることが、住民自治を具体化する憲法 93 条によって要請される。最高裁が、憲法 93 条 2 項の「地方公共団体」を「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在し、沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体」と定義して、＜共同体としての社会的基盤＞と＜実定法上の基本的権能＞をこの順番で並べているのも、93 条 2 項の要請が現実のものとなるに至るまでのこうした二段階にわたる立法判断の過程——「自然発生的に存在する地縁団体を国家が承認してこれに自治権を附与することによって〔地方公共団体が〕成立する」（調査官解説）という順序——を縮約したものと理解することができる。

つまり、＜共同体としての社会的基盤＞と＜実定法上の基本的権能＞の双方が揃うことによって憲法 93 条 2 項の「地方公共団体」として扱われるようになることは確かだとしても、二つの要素は、それぞれ別個に評価して当てはめべき要件ではない。＜共同体としての社会的基盤＞が、＜実定法上の基本的権能＞を備えた地域団体を設置する際の根拠であり、この＜実定法上の基本的権能＞が、93 条 2 項の規律を及ぼす際の条件となる。このような考え方のもとでは、憲法 93 条 2 項の規律を及ぼすにあたり＜実定法上の基本的権能＞は通過点にすぎず、元をたどれば＜共同体としての社会的基盤＞が、一元的に「憲法上の地方公共団体」を基礎づけるようにも見える<sup>39)</sup>。ある意味ではその通りだが、＜共同体としての社会的基盤＞を認定して＜実定法上の基本的権能＞を備えた団体を設立するという判断と、＜実定法上の基本的権能＞を備えた団体に長などの公選制を定めるという判断には、適用条文（前者が 92 条、後者が 93 条）の違いに伴って質的な差異があることが、ここに述べた二段階説に

39) 神戸大学の木下昌彦教授から頂いた指摘による。

において重要である。第一段階の 92 条のもとにおける判断については、調査官解説の示す理解では立法府の裁量に委ねられる面が大きく、＜共同体としての社会的基盤＞を「みだりに……無視する」ような場合に限り違憲となる。この点に関する最高裁の判示も、そのような考え方にたつて、特別区の権限が従属的であることについての一応の理由を示すことによって満足したものと理解することが可能だろう。こうした緩やかな是認は、地方公共団体の構成の問題については、地方自治の前提としてどのような社会的基盤を要請するべきかについての認定・判断に政策的な考慮が必要だという前提に基づくものと考えられる。これに対して、その次の 93 条 2 項のもとにおける判断において必要とされるのは、いかなる権限を備えた団体であれば住民による民主的統制を及ぼすべきかという住民自治の観点からの規範的な判断である。憲法 94 条が「憲法上の地方公共団体」の備えるべき権限の内容について具体的な規律をしていない以上、どの程度の強大な権限をその条件とするかについては解釈の余地がありうるとしても、上記のような社会経済的条件を注視した政策的判断と比べれば、立法裁量の余地は少ないと考えられる。

憲法 93 条 2 項の規律対象の画定という観点に関する限り、このような考え方は決して不合理ではないと思われる。憲法 93 条 2 項が住民自治の要請に基づくとして、それは第一義的には、憲法 94 条においてイメージされているような広範かつ強力な権限が住民に対して行使される場合に、そうした権力を民主的に統制させるということを狙いとするものと考えられる（団体自治によって要請される住民自治）。住民の生活を大きく左右するほどの権限をもたない瑣末な統治団体であれば、そこに住民の意思を反映させる意義もそれだけ減殺されるだろう。もちろんそれを超えて、個々の住民がそうした強大な権力をもった団体の構成員になるということ自体を、とりわけ民主的な統制が実効的となるようなく共同体としての社会的基盤＞を備えたかたちでそうなるということとを、（こちらの場合は 92 条の「地方自治の本旨」の内容としての）住民自

治の意義として読みこむこと（住民自治によって要請される団体自治）<sup>40)</sup>も可能であるが、それはすでに<実定法上の基本的権能>を備えた団体が成立しているという前提のもとで住民にどのような政治参加を認めるかという問題とは理論的には区別されうるし、そこで求められる判断の質が異なってくることは不自然ではない。

最高裁における「憲法上の地方公共団体」の定義を以上のように理解する場合、従来の学説の批判の多くは必ずしもあたらないことになる。<実定法上の基本的権能>を要件とすることに関して、国の立法政策によって憲法上の規律の有無が左右されてしまうという批判については、一定の統治権能を与える限りでは長などの公選制によって民主的統制を及ぼさなければならないという要請自体はすでに述べたように厳然と立法府を拘束しているし（93条2項）、またそうした<実定法上の基本的権能>を与えるかどうかという判断についても、「地方自治の本旨」（92条）のもと<共同体としての社会的基盤>を注視したうえで行わなければならないということについては、すでに述べたように広範な立法裁量が認められるのではあるとしても、憲法上の限界がないわけではない。また、<共同体としての社会的基盤>という要素についても、少なくとも93条2項の規律範囲という直接の問題に関しては、不都合な帰結は生じないと考えられる。ベッドタウンや埋め立てによってできた新設の村が<共同体としての社会的基盤>を欠くために「憲法上の地方公共団体」にあたらなくなるという批判について言えば、立法府がそうした地域に設立された団体に対して<実定法上の基本的権能>を与えるという判断を行った場合には、やはり93条2項の規律は及ぶ。このことと、そのような共同体の基礎のない地域に地方公共団体を設置するという判断を92条との関係で違憲とするべきかどうかという問題はひとまず別の論点だといえる<sup>41)</sup>。

40) 最高裁の判示が、地方自治一般の趣旨として住民自治を強調していることから（注24）、潜在的にはこうした契機を昭和38年判決に見出すことは可能と思われる。

41) 「共同体意識」が基準として曖昧にすぎるという問題（注8）については、まさにそのことがその有無の判断について立法府の裁量を認める理由ということになる

もちろんそのうえで、この 92 条の次元を問題にするということはある議論の方向性である。上記のように理解された最高裁の考え方によれば、ベッドタウンや埋立地のように＜共同体としての社会的基盤＞を欠きうる地域において＜基本的権能＞を備えた地域団体を設立することそのものが、「地方自治の本旨」との関係で憲法上の問題となりうることは確かである。また、最高裁の枠組みによれば「平成の大合併」も違憲になりうるという指摘も、実質的にはこのような観点での問題提起であると理解できる。これらについてはどう考えるべきか。

第一に、これは地方自治の制度を構築していくうえで、実定法以前の共同体という社会的実体を係留点とすることがそもそも妥当かという、すぐれて原理的な問題である。この点については反対の立場も提示されているところだが<sup>42)</sup>、その是非についてはここでは措いておくことにしたい。他方において、裁判所による憲法上の統制という観点に限るならば、＜共同体としての社会的基盤＞をどの範囲において見定めるかは、相当広範な立法裁量が認められるというのが最高裁（あるいは調査官解説）の考え方であることは、すでに何度も言及してきた通りである。

むしろここでは、こうした理論的状况において垣間見える一つの逆説的事態について、昭和 38 年判決における周縁的な言説—垂水補足意見と検察官の上告趣意—を手掛かりに若干の描写を与えておくことにしたい。ここで言おうとしているのは、＜共同体としての社会的基盤＞への注視が、それ自体としては個々の自治体の生存保障にもつながりうる固有権説的モーメントを確かに持っていたにもかかわらず（このことは 2. で確認した）、司法審査の範囲というここでの実践的な問題の脈絡においては、この同じ要素において立法裁量を最大限尊重するという伝來的な帰結が導かれるということが、さも当然の成り

---

だろう。

42) 斎藤・前掲注 38) 120-121 頁。他方で、何らかの意味で統治団体とは区別された共同体を、地方公共団体の Substrat として重視する議論も根強いと思われる。太田匡彦「住所・住民・地方公共団体」地方自治 727 号 2 頁 (2008 年) など。

行きであるかのように今私たちの目に現れてしまっているという、奇妙な事実である。おそらくここでは、地方公共団体の構成において参照されるべき「共同体」の意味そのものが、ある歴史的条件のもとで変質するということが問題とされなければならない。

まずは、垂水補足意見である。「日本国民は国内多数の地方に分かれて住み、その自然的条件や経済事情ないし伝統、風習その他の文化的条件に従って生活し、同じ地方の住民は互によりよく知り合い、交通、通信、取引、交際をし、利害関係を共にすることが多い。このことから、またその住民は、苦楽を共にし共同体意識を持つに至り、自分ら住民だけの利害に関する事項については、国民全体の総意から離れて、自分らの意思に従い、自分らの手で独自の共同生活を営もうと欲するに至ることは、人間自然の姿である」という認識から出発する同補足意見は、そうした欲求を国民の総意に反しない限り認容することにこそ「地方自治の本旨」の意義があるとし<sup>43)</sup>、特別区に長の公選を認めるべきという見解につき政策論としては繰り返し同情を示す<sup>44)</sup>。ところが憲法解釈論としては、地方公共団体の構成を法律事項とする 92 条から「地方公共団体は、法律によって始めて生れ、権利主体となる」という命題を導き出して広範な立法裁量を肯定し、「或る地方の住民がその意識と共同生活において一の地方公共団体とするに熟する状態にあるか否かの認定、判断は、一般的には、国会の権限に属する」という<sup>45)</sup>。確かに国会の認定、判断が「『地方自治』といえる共同体生活をなしえないような物的、心的実体の地方住民を一の地方公共団体とする」ような非合理的なものである場合には、それが「地方自治の本旨」に反し違憲となりうることは承認されており<sup>46)</sup>、完全な伝來說へと至るわけではない。しかしその例として垂水があげるのは、「今日すぐさま、わが国を東日本と西日本の二州だけの地方公共団体に分けたり、或いは、山形県と高知県とを

---

43) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 126 頁。

44) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 128 頁、129 頁。

45) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 128-129 頁。

46) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 129 頁。

併せて一県とする」ような極端な場合である<sup>47)</sup>。

「自然」に依拠した共同体論から政策論への—憲法 92 条をはしごとする—この曖昧模糊とした転換は、憲法解釈論としての要請であることは否定しながらも、立法論としては特別区に公選制を認めるべきという見解をくり返し提示していることと同期しながら、「何をいおうとしているのかははっきりつかみにくい」<sup>48)</sup>という非難を浴びることになる。しかしこうした転換も、検察官の上告趣意に同じ軌跡を辿りなすとき、そこに伏在していた具体的な状況把握が明瞭に浮かび上がるだろう。上告趣意もまた、「地方自治はそれを成り立たせるに足りる地域社会の存在があつてはじめて可能である」という命題から出発するが、「その地域社会の実体は社会条件の変化に伴って動くものであ」ることも強調する<sup>49)</sup>。そのうえで、「地方分権の徹底化」が戦後の憲法のもとでの地方自治の強度の規範的要請をなすとした第一審判決に対して<sup>50)</sup>、現実の地方自治を支える社会条件は「地方分権の徹底化を可能又は容易ならしめる方向へ向かつてのみ動くとは限ら」ず、「むしろ、近時、人口の都市集中、交通の発達、産業構造の変革、経済の広域化により、地域社会の規模は次第に大きくなる傾向にあり、その意味で行政の統一化集中化を求める要素は強くなりつつある」ことを指摘する<sup>51)</sup>。とりわけ東京特別区については、都心部の夜間人口差が示す特別区全体の「市的存在」としての一体性、各区の税収の不均衡、道路交通・上下水道や都市計画など各種行政において特別区の全体について統一・均衡・計画性が要請されるという背景を指摘し、これは大阪市や京都市のような大都市内の区に一般的に見られる傾向であるという<sup>52)</sup>。こうした上告趣意の主張には、「人口の密集し、市街の連続する大都市内の一区劃である」という

47) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 129 頁。

48) 成田・前掲注 37) 22 頁

49) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 134 頁。

50) 東京地判昭和 37 年 2 月 26 日前掲注 12) 10 頁。

51) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 134 頁。

52) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 144-145 頁。

「特別区の地域団体としての特異性」についての検察官自身による立法事実についての実体的把握に加えて<sup>53)</sup>、都市化のもとで地方自治を基礎づけるべき「共同体」が高度に流動的になり、それが行政の統一化集中化へのニーズをめぐる政策的考慮の必要性を帰結するために、地方公共団体の構成を裁判所が法的に統制すること自体が困難になるという権限分配上の指摘も同時に読み取るべきだろう。「すでに牧歌的地方自治の時代は過ぎ、いまや、広域行政、福祉国家の要請に応えるべく、新しい地方自治のあり方を考えなければならない時代である。かかる時代における、東京の如き大都市の、しかもその末端の自治の組織を如何に構想するかは、古い地方分権の思想を振りかざしてこれに立ち向かうべき問題ではない。特別区の社会的経済的実体を客観的に眺め、新しい時代の要求と伝統的な住民自治の要求とをともに満足させうような地方自治の組織を追求することによって解決すべき問題である。従って、それは多分にいわゆる政策の問題であり、原則として国会と政府とがその責任においてきめるべき問題である」と考える。<sup>54)</sup>上告趣意は、こうした事態を「時代の推移、社会的経済的基盤の変動による地方自治それ自体の内容的変化である」[強調筆者]とまとめている<sup>55)</sup>。

以上のような言説を直ちに昭和38年判決の法廷意見そのものと同一視することはできないとしても、すでに紹介したような最高裁の当てはめ—特別区における<実定法上の基本的権能>の欠如について、上告趣意と同じ事由（昼夜間人口差に示される生活実態・財源の偏在化・特別区全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政への要請）を挙げながら、そこに示された「共同体」の実情が憲法上の審査であるのかどうかも曖昧にしながら控えめに正当化してみせた—のコンテクストをなすものとして、十分に尊重されるべきことには疑いがなさだろう。共同体生活への「人間自然」の欲求（垂水補足意見）に発し、地方自治の構成を実定法以前の次元から根拠づけうるかにみえた共同

53) 最大判昭和38年3月27日前掲注3) 133頁。

54) 最大判昭和38年3月27日前掲注3) 133頁。

55) 最大判昭和38年3月27日前掲注3) 133-134頁。



体としての社会的基盤>は、都市化のもとでその憲法上の枠としての輪郭を失い、広域行政の仕組みの構築において照準されるべき変数としての社会的実態—実体というよりも—へと流動化する（検察官の上告趣意）。本来固有権説的な議論を基礎づけるはずであったこの要素が、国による地方公共団体の構成の政策的判断の大幅な承認という伝來的な帰結をもたらすというすでに述べた逆説的な状況は、都市化という社会経済的条件のもとで、調査官解説が本判決に結びつけようとしていた地方自治の根拠—理由（Grund）ではなく、基盤（Grund）という意味での—についての問題機制が空転し決定的に無効化されるということの帰結である。法廷意見の「共同体」をめぐる躊躇した言辞は、実はこうした事態の痕跡に他ならない。

#### 4. 結び

こうした事態を指摘することが、地方自治の憲法論を何か特異な次元に導くというわけではない。昭和 38 年判決が直面しているようにみえる以上の困難は、「地方自治の本旨」の内実が極めて曖昧なものにとどまるという憲法解釈論上のよく知られた状況<sup>56)</sup>としてすでに端的に現れているからである。これに対して、「地方自治の本旨」に規範的な内容を与えようとする学説の努力はよく知られている。固有権説にも伝來說にもよらない第三の道として提示された制度的保障説は、政策的な思考によって侵食されつくさない地方自治の「本質的内容」を見出し、それによって地方自治についての憲法上の規律に枠を与えようとした<sup>57)</sup>。その全容をここで紹介することは避けるが、本稿で論じてきた

56) 学説史や理論上の可能性を含めた全般的検討として、木村草太「地方自治の本旨」安西文雄ほか編『憲法学の現代的論点 [第 2 版]』209 頁（有斐閣、2009 年）

57) 成田頼明『地方自治の保障』115 頁以下（第一法規、2011 年）。石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考 [増補版]』231-232 頁（日本評論社、2007 年）によると、成田の地方自治に関する制度的保障説は、「制度的保障」を語る他の分野の日本の憲法学説と比べると元のカール・シュミットによる制度体保障論に近いものであるが、身分論的連関を背景としていないと点に大き

地方公共団体の構成の問題に関しては、これもよく知られているように、二重構造論が同説によって主張されてきた。それによれば、戦前において府県が中央の出先機関として中央集権的・官治行政的に運営されてきたことへの反省という日本の地方自治法制的歴史的沿革から、まずもってこの府県を完全な地方公共団体として民主的に再構成するという狙いが憲法 92 条に読み込まれ、この上層部を（当然に憲法上の地位を承認されるべき市町村と並んで）「憲法上の地方公共団体」として保持することが、日本国憲法における地方自治の「本質的構成要素」とされる<sup>58)</sup>。

二重構造論そのものは、同説が主張される以前の昭和 38 年判決の時点でも主張されていたものであり、第一審判決がこれにも依拠して、特別区における首長公選制の廃止を違憲としていたことはすでに述べたとおりである。ただし制定時の既成事実の承認という根拠のみしか提示しえなかった当時の二重構造論は、検察官の上告趣意において、その理由づけの説得力の弱さを指摘され、大都市の実態という政策的要請という実質論による反論にさらされることになる<sup>59)</sup>。最高裁は、二重構造論について触れることさえなかった。

もっとも理論的には、二重構造論は全国的に地方公共団体の構成がどのような階層をなすべきかについて画一的な形式上の規律を行うものであり、個々の地方公共団体の（社会的及び法的な）現実のあり方を見ながら「憲法上の地方公共団体」を画定しようとする最高裁の立場（調査官解説のいう実体説<sup>60)</sup>）とは、ひとまず別の次元に属する議論である。この種の形式論は、最高裁に示された議論と必ずしも排他的な関係にたつものではなく、一定の妥協を伴いながら並存しうるだろう。東京特別区のように、＜共同体としての社会的基盤＞からみる限り結果的には二層構造の維持が適切とはいえない場合には、こうした形式論のほうを妥協させるという解決はありうるところであり、二重構造論に

---

な差異があるという。

58) 成田・前掲注 57) 118-120 頁。

59) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 148-151 頁。

60) 「調査官解説」前掲注 14) 14 頁。

説得的な基礎づけを与えた制度的保障説の論者からも、「府県」とは異なる「都」の大都市行政の要請を考慮した例外的扱いは承認されているところである<sup>61)</sup>。逆に、同じ形式論の次元の議論として、全ての地域が少なくとも一つの地方公共団体に属していなければならないということ（最低一層保障）については概ね共通理解があると思われるが<sup>62)</sup>、さすがにこちらは絶対的な要請であると考えらるならば、干拓により新設された村についてそこに他の地方公共団体と同様の自治権を与えることは、最高裁のような実体説に対する例外として「地方自治の本旨」には反しないと述べることも可能である。

したがって、形式論の次元で二重構造論を支持するかどうか、その要請が絶対的なものか相対的なものかにかかわらず、本稿で示されたような昭和 38 年判決の実体説は、仮にその内実をより豊かにしていくという展望がありうるならば、地方自治に関する憲法上の規律を考える出発点として参照しうるものだと思われる。社会的実態への依存によってあるべき地方自治のあり方が流動的になることを帰結する実体説に対して、より安定した形式的枠組みをはめようとすることに二重構造論の意義があるが、そのことは前者の次元での問題設定それ自体を否定するものではない。

もっとも、昭和 38 年判決から描出されたこのような議論自体は、現在においても当時においても、少しも新しいものではないことを付け加えておかねばならない。日本国憲法が地方自治について 92 条以下の規定を定めているにもかかわらず、地方自治の全廃も合憲でありうるという議論を憲法制定後間もない時期において展開し、激しい批判を浴びた柳瀬良幹の地方自治論<sup>63)</sup>は、92 条および 93 条の規律内容について、まさに本稿が理解するところの昭和 38 年判決と大筋において同じ立場を示していた。

柳瀬の議論は次のように要約できる。92 条の「地方自治の本旨」が地方自

---

61) 成田・前掲注 57) 120-121 頁、同・前掲注 37) 24 頁。

62) 宇賀・前掲注 7) 39 頁。

63) 柳瀬良幹『憲法と地方自治』5-46 頁（有斐閣、1954 年）。引用の際、旧字体を改めた。

治を「保障」しているのだと言っても、地方公共団体の構成や帰属すべき事務の内容、国に対する独立性の程度について何か具体的な決まりがあるわけではなく、結局同条の規律内容は、ある地方のみに結果の及ぶ事務はその地方の地方公共団体が独立して処理すべきという意味で「地方的」といえる事務が存在する限りにおいて、つまり地方自治を導入すべき理由が妥当する限りにおいて、地方公共団体による分権と自治を認めよということにすぎない<sup>64)</sup>。つまり 92 条による拘束の内容は現実的な社会条件のもとで政策的に地方公共団体に属するべきと評価されうる事務の多少に依存しており、そのため同条の想定する地方自治法制は「その範囲の増減に応じて不断にその内容の変化すべき流動的のもの」である<sup>65)</sup>。

そうだとすると、92 条は「ただ単に地方自治が適当である限りにおいて地方自治を行うべきことを命じたものにとどまり、その意味においては、極端に言へばそれは全く無内容の規定で、従って地方自治制度を保障したものとしては殆ど意義のないもの」である<sup>66)</sup>。もし仮に、地方自治が「適当」といえる条件が喪失したならば — 「例えば今次の戦争の末期にその片鱗を見た如く、地方自治を認める余地が全くない如き事態を生じた場合には、一切の地方公共団体を廃止し、すべての行政を官治行政とすることも、決して憲法の禁ずるところでもなければ、又それに抵触することでもない」<sup>67)</sup>。

しかしこのことは、地方自治について憲法が何ら規律を行わないということの意味するものでもない。少なくとも憲法 93 条 2 項は、「92 条によって地方公共団体を置くべきものである場合にはその長は必ず公選でなければならぬとした」<sup>68)</sup> 規定であるから、その限りでは明瞭な拘束がある。しかし、そもそも地方公共団体を置くべきかどうか（地方公共団体の構成）の問題は 92 条の守

---

64) 柳瀬・前掲注 63) 11-13 頁。

65) 柳瀬・前掲注 63) 13 頁。

66) 柳瀬・前掲注 63) 15 頁。

67) 柳瀬・前掲注 63) 14 頁。

68) 柳瀬・前掲注 63) 36 頁。

備範囲なのであり、実質的な保障内容を見出しがたい同条は、すでに述べた通り地方自治制度についての憲法上の規律の役目を果たすものではない。

こうした柳瀬の議論が、本稿の示した昭和 38 年判決の考え方と同一の構造を持つことについては特に説明を要しないだろう<sup>69)</sup>。地方自治の全廃が合憲でありうるとする一見非常識な議論も、＜共同体としての社会的基盤＞あるいは「共同体意識を強調し、共同体自治をあまりにも固執するときは、過去において苦い経験をなめた全体主義素朴なる中央集権へ逆行するの危険をはらむ」とした第一審判決に対して<sup>70)</sup>、その危惧の内実は「交通、経済、文化等の発達に伴い、区民意識は必然的に稀薄となり、さらには都民意識も稀薄となり、最後には国民意識しか残らない時代が来るかも知れない、もし共同体意識の存在を地方公共団体成立の要素とする考に立つとそのときには、地方公共団体はことごとく消滅してしまい、ついには唯一の中央政府による全国的統治のみが残るに至る」ということであろうが「そのような事態が現実化することは到底考えられない」としながらも、「生活条件の変化によって、国民としての共同体意識しか残らない時代が来れば、すべての地方自治は消滅する」という命題そのものは「自治の本来の姿である」と朗らかに肯定してみせる検察官の上告趣意<sup>71)</sup>と、不気味に符合している。現在では支持者のいないとされる<sup>72)</sup>時代錯誤的な柳瀬による地方自治の憲法論は、その核心部分において最高裁判決に活かされている。

もちろん以上本稿が述べてきたことは、昭和 38 年判決およびこれを彩る言説（垂水補足意見、検察官の上告趣意）についての一つのありうる解釈にすぎず、その全てを上述した図式で読み取ることができるというわけでもない<sup>73)</sup>。

69) ただし特別区における公選制の廃止という具体的な問題については、柳瀬は＜実定法上の基本的権能＞の有無による線引きを行わないので、昭和 38 年判決とは異なる違憲という結論が導かれる。柳瀬・前掲注 63) 35-36 頁。

70) 東京地判昭和 37 年 2 月 26 日前掲注 12) 12 頁。

71) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日前掲注 3) 146-147 頁。

72) 宇賀・前掲注 7) 6 頁。

73) 例えば垂水補足意見や検察官の上告趣意には、本稿が示した住民に対する権力行

そしていずれにせよ、本稿が提示した理論状況は、地方自治の憲法的規律について内容上の新たな構想を特に示唆するものではなく、むしろ最高裁の実体説のさしあたりの空疎さ<sup>74)</sup>をその前提ともに明らかにするものにすぎないともいえる。しかしこうした空しさは、起草過程においてアメリカによって突きつけられたラディカルな住民自治に対する原理的妥協の刻印としての憲法 92 条を導いた日本国憲法第 8 章の歴史的前提<sup>75)</sup>にも由来するある程度必然的な事態であり、それがこの分野の主要な最高裁判決にも浮かび上がっているということは、確認しておくに足る事実である。

---

使の可能性（憲法 92 条）とそうした権力の民主的統制（憲法 93 条）の二段階を分離する思考に必ずしも立たないようにも読める箇所がある（「東京都の特別区は自己の議会を有し（この点大阪市の区と異なる）、自治立法権（条例制定権）、自治財政権（課税権）、及び自治行政権を有しているのであるから、その権限は制限されているとはいえ、なおこれを地方公共団体というべきである」（垂水補足意見・刑集 126 頁）、「住民に直接行政を執行する権能を有するとか、首長公選制がとられているとかいう事実だけで、ある団体を憲法上の地方公共団体であるとすることはできないのである。憲法上の地方公共団体であるかどうかは、そのような一・二の特徴により判断し得るのではなく、当該地域社会の客観的な社会的経済的実体、その主観的な面ともいべき共同体意識、更にはそのような地域社会が形成されるに至った沿革的基礎等の各般の事情の総合の上に立つてはじめてきめられ得ることがらである。」（上告趣意・刑集 137 頁）。

74) 飯島・前掲注 4) において、住民自治の観点から昭和 38 年判決の「共同体」論を活かす方向性が示されている。

75) 石川健治「未完の第八章」自治実務セミナー 638 号 2 頁（2015 年）